

# **Le Nantissement du Fonds de Commerce**

La notion de fond de commerce n'a pas été créée par les rédacteurs du code de commerce et elle n'existait pas avant le 20<sup>ème</sup> siècle. Les commerçants ont pris conscience de la valeur de leur activité, ils ont compris qu'elle pouvait être cédée, donnée en garantie et ceux grâce aux notaires. En droit Français, il a fallu attendre la loi de 17 mars 1909 (article 1 et suivant du C Com) pour régler la vente et le nantissement du fond de commerce.

Le nantissement par définition est un contrat par lequel un débiteur remet une chose mobilière ou immobilière à son créancier pour garantir sa dette. Le nantissement revêt deux formes, selon qu'il y a ou non dépossession de la chose : Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle le gage et le nantissement d'une chose immobilière l'antichrèse. Il s'agit d'un contrat unilatéral qui ne fait naître d'obligation qu'à l'égard de celui qui remet la chose et ceci à condition de continuer à exploiter le fonds de commerce.

Par ailleurs, le nantissement requiert un intérêt crucial et constitue un sujet d'actualité vu que le commerçant aujourd'hui se sert de cette valeur pour se procurer du crédit en mettant en garantie son fonds de commerce.

En pratique, c'est une garantie qui n'est pas considérée comme très efficace car sa valeur est étroitement liée à celle du fonds sur lequel elle est assise. Aussi, en cas de difficultés d'exploitation entraînant une perte de valeur du fonds, le nantissement s'en trouvera amoindri, alors que c'est précisément à ce moment qu'il est le plus utile.

Et pourtant, les créanciers (les banques en première ligne) ont souvent l'habitude d'exiger de leurs débiteurs commerçants (personnes physiques ou morales) la constitution à leur profit d'un nantissement sur leur fonds de commerce, en prenant toutefois le soin d'exiger en complément une garantie plus efficace (un cautionnement généralement), faisant du nantissement du fonds de commerce une garantie subsidiaire ou d'appoint.

Ainsi au cours de cet exposé nous mettrons en exergue dans une première partie les conditions requises pour former un nantissement et dans une seconde partie l'éclairage sera porté sur les effets produits et sur la protection du créancier nanti.

# **Plan**

## **Introduction**

### **I- Les Conditions et assiette du fonds de commerce**

#### **A- Les Conditions de fond relatives au nantissement du fonds de commerce**

#### **B- Les Conditions de forme relatives au nantissement du fonds de commerce**

### **II- Les effets produits par le nantissement du fonds de commerce en faveur du créancier nanti**

#### **A- Droit de suite et droit de préférences**

#### **B- La protection du créancier nanti**

##### **a- Le déplacement du fonds de commerce**

##### **b- la vente séparée d'un élément du fonds de commerce**

##### **c- La résiliation du bail commercial**

##### **d- La saisie d'un élément corporel du fonds**

## **I- Les Conditions et assiette du fonds de commerce**

Le nantissement est une sûreté réelle constituée sur le fonds de commerce sans dépossession du débiteur. Il permet au propriétaire du fonds de commerce de l'affecter au paiement des dettes contractées auprès d'un créancier.

Le nantissement du fonds de commerce est régi par les articles 106 et suivants du code de commerce. Son principe consiste à permettre aux commerçants, moyennant une inscription au registre du commerce (art.108), de donner leur fonds en garantie de leurs dettes, sans en perdre la possession ni le droit d'aliéner. Cette formalité de l'inscription suggère d'assimiler le nantissement à une véritable hypothèque mobilière.

En réalité, la valeur du fonds de commerce est soumise à des fluctuations telles que le nantissement de fonds de commerce est une garantie beaucoup moins appréciée des créanciers que l'hypothèque immobilière.

En droit français, le nantissement est défini depuis l'ordonnance du 23 Mars 2006 comme un contrat par lequel un débiteur remet un bien incorporel à son créancier pour garantir sa dette.

Le gage se distingue du nantissement en ce qu'il frappe des meubles corporels quand le nantissement concerne des biens meubles incorporels. Gage et nantissement peuvent être avec ou sans dépossession.

C'est une sûreté précaire dans la mesure où d'une part, les éléments du fonds ne s'y retrouvent pas ; d'autre part sa valeur dépend de la manière dont le fonds est exploité. De plus lorsque l'entreprise connaît des difficultés et en cas de réalisation du nantissement ne donne pas les résultats escomptés.

Par ailleurs, le nantissement du fonds obéit à des conditions qui sont prévus par le code de commerce et produit certains effets.

### **A- Les Conditions de fond relatives au nantissement du fonds de commerce**

Le nantissement du fonds de commerce présente cette originalité de ne pas porter sur un bien homogène mais sur un ensemble de biens entrant dans la composition du fonds de commerce.

Néanmoins le nantissement ne comprend pas tous les éléments du fonds. En particulier il ne porte jamais sur les marchandises parce qu'elles sont destinées à la vente : on a voulu laisser au moins une valeur libre pour les créanciers chirographaires (Ils sont privés de tout privilège et sont payés proportionnellement au montant de leurs créances)

Le nantissement ne peut pas s'étendre également aux autorisations administratives liées à l'exploitation du FC (à une licence d'exploitation de débit de boissons par exemple)

Par ailleurs, le nantissement ne comprend que les éléments énumérés dans l'acte et dans l'inscription, à défaut de cette énumération, il ne s'applique qu'aux cinq

éléments suivants : la clientèle qu'est un élément principal de rattachement, l'achalandage, le nom commercial, l'enseigne et le droit au bail. Sous réserve de précision dans l'acte, le nantissement peut aussi concerner les brevets d'invention, les marques de fabrique, les dessins et modèles, tous éléments incorporels attachés au fonds (c.co, art.80)

En France, en cas de stipulation d'une désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement peut comprendre mis à part : la clientèle, l'achalandage, le nom commercial, l'enseigne et le droit au bail. (Articles L142-1 à L142-5), le mobilier commercial, le matériel et l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles industriels, autres droits de propriété intellectuelle attachés au fonds.

Normalement, le nantissement est conventionnel. Mais la loi a prévu, en outre, un nantissement judiciaire. Le créancier d'un commerçant peut ainsi demander en justice, par voie de requête, un nantissement conservatoire « en cas d'urgence et si le recouvrement de la créance semble en péril ». L'opportunité de la mesure est appréciée par le juge.

Après avoir mis l'éclairage sur les conditions de fond concernant le nantissement du fonds de commerce, une question cruciale nécessite une réponse.

### **Qui peut consentir un nantissement ?**

Seul le propriétaire peut constituer un nantissement sur son fonds de commerce néanmoins un locataire-gérant ne peut consentir de nantissement sur le fonds de commerce qu'il exploite.

Et il est important de savoir que si le propriétaire du fonds de commerce est marié sous le régime de la communauté légale et que le fonds est un bien commun, il ne peut constituer de nantissement sur ce fonds sans l'accord de son conjoint.

En revanche, la constitution d'un nantissement sur le fonds de commerce peut venir garantir toutes sortes de créances, et pas seulement celles qui seraient liées à l'exploitation du fonds.

## **B- Les Conditions de forme relatives au nantissement du fonds de commerce**

Comme le contrat de vente, le nantissement de fonds de commerce doit être constaté, par un acte écrit, notarié ou sous seing privé, et soumis aux formalités de l'enregistrement (art108,Al 1) et de publicité par dépôt, dans les quinze jours de sa date au secrétariat-greffe du tribunal dans le ressort duquel est exploité le fonds pour être inscrit au registre du commerce à la diligence du créancier nanti. Précisons que si le fonds nanti comporte des succursales, la publicité devra être accomplie auprès de tous les greffes dont elles dépendent respectivement.

Aux états unis l'enregistrement du nantissement du FC s'inscrit au Secrétariat de l'Etat concerné.

Seule l'inscription au registre de commerce de l'acte, établit le privilège résultant du nantissement au profit du créancier nanti et la date de cette inscription détermine le rang du créancier en cas de pluralité de créancier nantis. L'inscription est valable 10 ans et le créancier doit procéder au renouvellement de l'inscription si le débiteur ne l'a pas remboursé à l'expiration de ce délai. Cette dite inscription ne peut être radiée que sur présentation d'un acte authentique de consentement du créancier ou d'un jugement.

Contrairement à l'acte de vente du fonds de commerce le contrat de nantissement n'est pas publié au bulletin officiel et au journal d'annonce légale (art108,Al 3)

Par ailleurs, le droit français stipule que si le fonds nanti comprend des brevets, licences, marques, dessins, modèles, droits d'exploitation de logiciels, une inscription supplémentaire doit être prise à l'Institut national de la propriété intellectuelle (INPI) contrairement au Maroc cette dite inscription se fera à l'Office Marocain de la propriété Intellectuelle et commerciale (OMPIC).

Ces formalités de publicité sont indispensables pour assurer l'information des tiers car sans publicité ils ne seront pas en mesure de savoir que la situation du fonds a changé.

## **II-Les effets produits par le nantissement du fonds de commerce en faveur du créancier nanti**

L'inscription de l'acte de nantissement au registre du commerce a pour effet de garantir le privilège du créancier jusqu'à la date d'extinction de la créance.

L'effet de cette inscription cesse après radiation de la créance, suite au paiement, ou radiation automatique par le secrétaire-greffier du tribunal à l'expiration du délai de cinq ans de sa date, sauf renouvellement pour la même durée.

Le créancier nanti bénéficie d'une sûreté (garantie) contre le non paiement de sa créance par le propriétaire du fonds de commerce à travers deux principales prérogatives.

Le droit de suite et le droit de préférence.

Le droit de demander le paiement avant échéance à l'occasion de toutes opérations de nature à compromettre la valeur du fonds de commerce.

### **A- Droit de suite et droit de préférences**

-En cas de non paiement à échéance, le créancier nanti peut recourir à la justice pour demander la vente judiciaire forcée du fonds de commerce : licitation du gage.

Le droit de suite permet au créancier en cas cession du fonds par le débiteur, de saisir le fonds entre les mains de son nouvel acquéreur .en fait, le changement de

propriétaire du fonds de commerce n'affecte nullement le droit du créancier nanti qui peut poursuivre judiciairement la vente du fonds de commerce s'il n'est pas payé à échéance. Mais cette faculté est peu utilisée en pratique, car la loi donne la possibilité au tiers acquéreur de proposer au créancier, à la place du fonds lui-même, le prix de vente de celui-ci. À cette fin, la loi organise une procédure très pointilleuse, dite procédure de purge, par laquelle le tiers acquéreur va " purger " le fonds des différentes sûretés qui le grèvent. Parallèlement, le droit de préférence est le droit pour le créancier nanti d'être payé sur la valeur du fonds par préférence aux autres créanciers. Le créancier nanti est payé avant les créanciers chirographaires mais aussi avant les créanciers nantis inscrits au registre de commerce à une date postérieure à son inscription.

## **B- La protection du créancier nanti**

Animé par le souci de garantir les droits du créancier nanti, la loi prévoit qu'il doit être informé des événements et opérations affectant le fonds de commerce et qui sont susceptibles de compromettre sa valeur économique qui constitue la garantie de paiement de la créance

La loi reconnaît au créancier le droit d'agir afin de se prémunir contre les aléas susceptible de porter atteinte à ses intérêts en s'opposant à la dépréciation du fonds de commerce .il s'agit particulièrement des événements suivants :

### **a- Le déplacement du fonds de commerce**

-La propriétaire du fonds de commerce nanti peut être amené à changer le lieu de son exploitation.

Ce déplacement risque d'avoir un impacte sur la valeur économique du fonds ce qui justifie une procédure d'information préalable du créancier nanti.

En fait le propriétaire est tenu de notifier au créancier nanti son intention de déplacer son fonds dans un nouveau locale en lui indiquant l'adresse au moins quinze (15) jours avant le déplacement effectif.

Le déplacement du fonds sans le consentement du créancier peut rendre sa créance exigible.

A défaut de cette notification les créances inscrites deviennent de pleins droits immédiatement exigibles s'il résulte du déplacement du fonds de commerce une dépréciation de sa valeur.

Lorsque le propriétaire du fonds de commerce aurait notifié son intention de déplacer son fonds au créancier nanti, celui-ci doit procéder dans les quinze jours de cette notification ou dans les trente jours où il aura eu connaissance du déplacement, à l'inscription modificative au registre de commerce :

-Si le fonds de commerce demeure dans le ressort du tribunal où il a été initialement inscrit, il doit faire mentionner en marge de l'inscription existante, l'indication du nouveau siège du fonds

-Si le fonds est déplacé dans un autre ressort, de faire reporter à sa date l'inscription primitive avec l'indication du nouveau siège  
En cas d'omission de l'inscription modificative, Le créancier nanti peut être déchu de son privilège s'il est établi que par sa négligence, il a causé un préjudice aux tiers induits en erreur sur la condition juridique du fonds de commerce.

### **b- la vente séparée d'un élément du fonds de commerce**

La vente séparée d'un élément du fonds peut diminuer sa valeur et peut même provoquer sa disparition.les créanciers inscrits perdent leur droit de préférence et conservent tout au plus leur droit de suite s'il s'agit de biens corporels comme le matériel. Cependant l'acquéreur peut se prévaloir de l'article 456 du Dahir formant code des Obligations et des Contrats qui stipule que « celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose , peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel elle se trouve, sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient » .la jurisprudence française a décidé que le commerçant qui vend des éléments de son fonds grevé d'inscription, commet le délit de détournement d'objet remis en gage, qui est puni des peines de l'abus de confiance. Le code de commerce prévoit des mesures protectrices qui consistent à notifier aux créanciers inscrits la vente poursuivie soit sur saisie-exécution soit en vertu de la réalisation du gage.la vente séparée ne peut avoir lieu que dix jours au plus tôt après la notification de la poursuite aux créanciers qui se sont inscrits quinze jours au moins avant ladite notification au domicile élu par eux dans leurs inscriptions. Dans ce délai de dix jours, tout créancier inscrit, que sa créance soit ou non échue, pourra demander au tribunal la vente globale de tous les éléments du fonds de commerce (art.120c.com)

### **c- La résiliation du bail commercial**

La stabilité du bail du local où le fonds de commerce est exploité constitue une garantie de sa pérennité et de sa valeur.

En conséquence, le propriétaire qui poursuit la résiliation (rupture) du bail du local dans lequel est exploité le fonds de commerce grevé du nantissement, doit présenter sa demande devant le tribunal et la notifier aux créanciers nantis.

Le jugement prononçant la résiliation du bail ne peut intervenir que trente jours après la notification des créanciers .pendant ce délai de 30 jours, les créanciers nantis peuvent agir pour préserver le contrat de bail particulièrement par le paiement des loyers échus afin d'éviter la résiliation du contrat.

Lorsqu'il s'agit d'une résiliation amiable du bail (par accord entre le propriétaire et le locataire), il ne devient définitive que trente jours après la date de la notification qui en a été faite aux créanciers nantis.



#### **d- La saisie d'un élément corporel du fonds**

En cas de saisie exécutoire d'un élément corporel (ex : les meubles) du fonds de commerce par un autre créancier, le créancier nanti doit en être avisé afin de pouvoir faire avoir ses droits, le cas échéant en exigeant la vente intégrale du fonds de commerce.

Bibliographie :

Dahir des Obligations et des Contrats

Code de Commerce

Droit commercial Marocain de Mr M'Hamed Motik (édition 2001)

Droit Bancaire et Commercial Marocain (Didier Martin)

Droit Commercial (Mr Hilali)

Article de SID Press du 04/05/2007